

---

## Communs, patrimoine et patrimonialisation en droit de l'environnement

*Commons, heritage and patrimonialization in the field of environmental law*

**Meryem Deffairi**

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/insituarss/1176>

DOI : 10.4000/insituarss.1176

ISSN : 2680-4972

### Éditeur

Ministère de la Culture

### Référence électronique

Meryem Deffairi, « Communs, patrimoine et patrimonialisation en droit de l'environnement », *In Situ. Au regard des sciences sociales* [En ligne], | 2021, mis en ligne le 18 mars 2021, consulté le 22 mars 2021.

URL : <http://journals.openedition.org/insituarss/1176> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/insituarss.1176>

---

Ce document a été généré automatiquement le 22 mars 2021.



La revue *In Situ. Au regard des sciences sociales* est mise à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

---

# Communs, patrimoine et patrimonialisation en droit de l'environnement<sup>1</sup>

*Commons, heritage and patrimonialization in the field of environmental law*

**Meryem Deffairi**

---

- 1 Le 17 janvier 2018, le Premier ministre français annonçait l'abandon définitif du projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes sur le territoire de la commune du même nom. Si cet abandon était avant tout justifié par le gouvernement par la nécessité de rétablir l'ordre public sur un territoire en proie à de fortes tensions depuis le début des années 1970, il a en parallèle incontestablement révélé que cette zone au potentiel écologique important constitue un « commun » et mis en relief la complexité des rapports pouvant exister dans un État de droit entre intérêt général, intérêt(s) collectif(s)<sup>2</sup> et intérêts individuels.
- 2 En effet, cet abandon, articulé aux revendications d'usage commun (naturel ou agricole) des agriculteurs présents et des militants ayant occupé le site pendant plusieurs années pour entraver le projet, constitue en France une manifestation récente et emblématique – mais loin d'être isolée – de l'existence de communs et de leur reconnaissance comme nouveau paradigme, ces derniers étant entendus comme des biens destinés à un ou des usages communs dont le régime – qui reste à définir – ne dépend pas tant d'un modèle de propriété que de la volonté d'en garantir un « accès partagé gouverné par des règles émanant de la communauté des usagers [et] visant à en assurer l'intégrité et le renouvellement et à définir les droits des usagers » (Cornu & Coriat 2017).
- 3 Dans leur dimension politique et économique, les « communs » ont fait l'objet de multiples travaux, notamment de la part d'Elinor Ostrom, permettant d'en dessiner les contours. Le concept fonde désormais de nombreuses actions pour la reconnaissance de nouveaux droits d'usage sur différents types de biens (culturels, naturels, immatériels, etc.). Toutefois, le relais de ces travaux n'est pas toujours assuré par la doctrine

juridique et par le droit positif pour lesquels le carcan propriétaire mais également les modèles traditionnels d'action publique demeurent difficiles à abandonner.

- 4 En droit positif de l'environnement, c'est sans aucun doute le concept de « patrimoine commun » qui est le plus à même d'incarner la richesse et la complexité des travaux sur la gouvernance et les usages menés par les politistes, économistes et philosophes au sujet des communs. En effet, le patrimoine, notion polysémique s'il en est, issue du droit romain et du droit civil, a fait l'objet d'une réception particulière en droit de l'environnement. À travers le concept de « patrimoine commun », le patrimoine se profile comme le vecteur de la protection des biens environnementaux et le meilleur biais de réception de la théorie des « communs ». Néanmoins, sa portée juridique reste indéterminée, ce qui limite les potentialités des communs et laisse la place à un processus opposé de patrimonialisation des biens environnementaux.

## Le « patrimoine commun » en droit de l'environnement

- 5 Reçu en droit international, à travers la consécration d'un « patrimoine commun de l'humanité », le terme « patrimoine » qui vise un ensemble de biens à transmettre se charge d'un sens protecteur de l'environnement. Le législateur national y a également recours en droit de l'environnement<sup>3</sup>. Le « patrimoine commun » auquel appartiennent les biens environnementaux<sup>4</sup> transcende ainsi le concept de droit civil, et s'y oppose sous certains aspects, mais n'emporte pas, à proprement parler, l'application d'un régime juridique aux éléments qui le composent (Huten 2008).
- 6 À partir des années 1970, l'expression « patrimoine commun de l'humanité » fait son apparition dans les textes internationaux. Alexandre Kiss relève trois étapes marquantes de l'introduction du concept de patrimoine en droit international : tout d'abord, la Conférence des Nations unies sur le droit de la mer en 1958, pendant laquelle le concept aurait été officiellement formulé pour la première fois ; ensuite, l'Accord du 5 décembre 1979 et la Convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 proclamant respectivement la Lune et les autres corps célestes ainsi que les ressources minérales des grands fonds marins comme patrimoine commun de l'humanité ; enfin, la Convention de l'Unesco du 16 novembre 1972 concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel<sup>5</sup> même si en réalité, cette dernière ne vise pas expressément le « patrimoine commun de l'humanité<sup>6</sup> » (Kiss & Beurrier 2004 : 147 ; Kiss 1982 : 175).

Figure 1



Un accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes a été conclu à New York le 5 décembre 1979. Celui-ci les qualifie de « patrimoine commun de l'humanité ».

© Georges Becker, distr. Pexels (sous licence Pexels).

- 7 L'introduction de ce concept dans les textes avait deux ambitions centrales. Il devait servir, dans un premier temps, à « soustraire certains espaces ou certaines ressources naturelles à toute affirmation unilatérale ou revendication de souveraineté de la part des États et à toute appropriation privée » (Klemm 1996 : 147), symbolisant la résurgence de la *res communis* et, dans un second temps, à imposer la préservation, ou du moins la gestion rationnelle de cette richesse collective, pour le bien de la communauté usagère et des générations futures. Dès lors, les textes qui organisent le régime des composantes du patrimoine commun de l'humanité en consacrent l'inappropriabilité et la vocation à l'usage commun, ce qui n'est toutefois pas le cas de la Convention de 1972 de l'Unesco relative au patrimoine mondial culturel et naturel. Il ne s'agissait donc pas tant initialement de protéger l'environnement que de s'assurer que ces ressources ne seraient pas épuisées par une ou plusieurs nations au détriment des autres et d'en rationaliser les potentiels usages.
- 8 Cependant, la consécration du concept de patrimoine commun de l'humanité n'a pas produit les effets escomptés. Martine Rémond-Gouilloud (1995 : 61, 68) stigmatise en ces termes l'insuffisante portée du concept :
 

Si la solidarité entre habitants de la planète donne assurément à la formule des vertus incantatoires, ses qualités juridiques sont moins évidentes. [...] Tant d'abstraction laisse le droit perplexe, elle signifie imprécision, qualification difficile et sanction impossible. En particulier l'humanité, idée neuve imaginée pour les besoins de l'environnement, a tout pour déconcerter. Si l'on voit bien en effet que le patrimoine commun en est la biosphère et que le terme globalisant, visant à embrasser l'environnement planétaire par-delà les frontières nationales ; si l'on perçoit encore qu'il y a là une manière philosophique de transcender l'être humain, « le droit ne suit pas », faute de champ d'application précis donc de sens juridique, le concept semble peu utile<sup>7</sup>.

Figure 2



La forêt amazonienne et le pôle Nord, malgré leur intérêt écologique pour l'humanité ne font pas partie, au sens juridique, du « patrimoine commun de l'humanité ». San Antonio Del Tequendama, Colombie, 2017.

© David Riaño Cortés, distr. Pexels (sous licence Pexels).

- 9 La volonté de mettre en œuvre une politique mondiale de préservation de l'environnement avait pourtant de quoi séduire et demeure au cœur des préoccupations contemporaines. Mais le « patrimoine commun de l'humanité » qui, d'une part, ne s'applique strictement en droit positif, qu'à des « objets » restreints et, d'autre part, est partiellement dénué d'effectivité, a été abandonné ou réduit à une fonction incantatoire par la doctrine internationaliste<sup>8</sup>.
- 10 Le concept présente, malgré tout, deux intérêts majeurs dans l'analyse du statut juridique des biens environnementaux : un intérêt historique et un intérêt conceptuel, dans la mesure où il constitue à la fois un modèle de reconnaissance d'un *intérêt collectif* à définir<sup>9</sup> et un modèle d'exclusion des biens de la sphère marchande fondé sur l'exigence de protection de valeurs non marchandes, telles que la faune sauvage ou l'eau en haute mer. Pour ces deux raisons, il est de toute évidence intimement lié au concept de « communs » développé ultérieurement par les politistes et économistes qui tend à prendre le relais sur la scène internationale, même si, tout comme le patrimoine commun de l'humanité, il n'emporte pas, à ce jour et à proprement parler, l'application d'obligations contraignantes (notamment pour les États et les entreprises multinationales) susceptibles de garantir pleinement la protection d'un intérêt collectif et la soustraction de certaines ressources naturelles à la sphère marchande.
- 11 En droit interne, auparavant utilisée pour définir le territoire et l'eau, la référence au patrimoine commun pour qualifier l'environnement est introduite par la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement. La nouvelle rédaction de l'article L. 200-1 du Code rural, désormais codifié à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, faisant référence au « patrimoine commun de la nation », prend alors une dimension particulière dans la mesure où elle accompagne l'affirmation selon laquelle la protection de l'environnement est d'intérêt général. Par la suite, en écho à cette « qualification générale », les références au patrimoine se



multiplient dans les textes et le terme sert à désigner l'ensemble des éléments de l'environnement, appréhendés de façon sectorielle. Ainsi, le législateur et le pouvoir réglementaire se réfèrent au patrimoine piscicole, cynégétique, naturel, biologique, etc.

Figure 3



La haute-mer est classée « patrimoine commun de l'humanité » par la résolution 2749 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations unies (1970) et l'art. 136 de la Convention sur le droit de la mer du 30 avril 1982.

© Pure Fun, distr. Pexels (sous licence Pexels).

- 12 Pour Michel Prieur, l'utilisation croissante de ce terme « cherche à introduire un élément moral et juridique dans la conservation de l'environnement. Entendu strictement, on pourrait craindre que patrimoine soit assimilable à propriété et rendement. En fait, il s'agit au contraire de dépasser la propriété en identifiant les éléments de l'environnement dont on veut assurer la conservation et la gestion en bon père de famille » (Prieur 1984 : 67). Dire que la notion de patrimoine en droit de l'environnement transcende le concept de droit civil emporte donc la nécessité de « dépasser la propriété » tout comme dans la théorie des communs, notamment en matière de titularité et de droits réels sur ces biens. Mais le droit positif offre-t-il concrètement et suffisamment de dispositifs pour ce faire ? Comment donner corps à ce concept qui pâtit, de prime abord, des mêmes maux que son prédécesseur internationaliste ?
- 13 Une partie de la doctrine a essayé de remédier à ce flou juridique en donnant au patrimoine une portée que nous qualifierons de métajuridique. Pour François Ost, le « patrimoine » et la « responsabilité » sont les clés qui permettront de rendre le droit de l'environnement plus effectif et de réaliser les objectifs de protection et de préservation des « biens environnementaux ». Le patrimoine se présente comme la représentation idoine de la complexité inhérente à la matière environnementale. Selon l'auteur, cette complexité, couplée à une certaine plasticité, accueille à la fois le caractère transtemporel de l'environnement, envisagé comme un héritage du passé et une richesse à transmettre aux générations futures, et le mouvement dialectique – défini comme prospectivité – de son droit qui prétend s'appliquer au local et au global, à des biens isolés comme à des ensembles (aux écosystèmes par exemple), à des intérêts

individuels ou « diffus ». Il représente à la fois le lien entre le sujet et l'objet et son dépassement. Le patrimoine serait ainsi le seul concept susceptible de regrouper un ensemble de *valeurs* à protéger et de désigner la complexité temporelle, géographique et matérielle du droit de l'environnement<sup>10</sup>, le seul capable de traduire juridiquement une dialectique entre les humains et la nature (Ost 1993 : 58). Là encore, peut être perçue la proximité potentielle entre la théorie des communs et le concept de « patrimoine commun » consacré dans les textes normatifs, quand bien même il serait considéré comme dénué d'une véritable portée normative.

- 14 Allant plus loin, certains travaux ont contribué à donner au concept de patrimoine la portée d'une « qualification juridique » au sens strict, en proposant de lui associer l'application d'un régime juridique, inspiré d'autres figures du droit. François-Guy Trébulle, qui décrit la référence au patrimoine commun comme un « renouveau du domaine universel » ou, plus largement, comme la résurgence d'une pluralité de domaines, milite en faveur de cette reconnaissance : « Évoquant la dimension symbolique de certains éléments de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le doyen Jean Carbonnier évoquait la tristesse "d'avouer que les symboles sont creux". Un tel sentiment n'est pas de mise à propos du patrimoine commun ; le domaine universel qu'il établit est une réalité de droit positif tout autant qu'un symbole, et s'il peut paraître creux à certains, c'est uniquement parce que la doctrine ne s'y est pas intéressée » (Trébulle 2007). Pour l'auteur, le patrimoine ne contredit pas l'acception civiliste mais elle s'y superpose. Toute personne aurait à la fois un patrimoine civil – du domaine de l'avoir – et un patrimoine commun – du domaine de l'être –, en vertu duquel, elle disposerait de certains droits. Selon Trébulle, il ne s'agit pas de remettre au goût du jour la fonction sociale (environnementale) de la propriété (*ibid.*<sup>11</sup>), mais plutôt de reconnaître des droits individuels nouveaux entraînant le démembrement du droit de propriété<sup>12</sup>, tels que des droits d'usage divers. La représentation de ce patrimoine peut se traduire par l'attribution par ses titulaires d'une mission d'administration à un organe (non titulaire)<sup>13</sup>.
- 15 Enfin, une lecture du patrimoine comme « fondement » du droit de l'environnement est proposée par la doctrine et la jurisprudence. Ainsi, les travaux relatifs au « fondement solidariste du concept "environnement-patrimoine commun" » (Attard 2003), d'une part, et l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 30 mars 2010<sup>14</sup> dans l'affaire du naufrage de l'Erika, d'autre part, ont renouvelé la portée du concept de patrimoine commun.
- 16 Jérôme Attard propose d'analyser le patrimoine commun, en cherchant les origines de ce concept dans la doctrine solidariste développée par Léon Duguit, comme une sorte de nouveau modèle, une voie médiane entre libéralisme et collectivisme. Dans ce contexte, la référence au patrimoine commun pourrait avoir un impact sur les rapports entre les humains et sur les rapports humains-nature. Dès lors, il convient de déterminer dans les rapports entre les humains si la notion entérine un nouveau sentiment de fraternité et la prévalence de l'intérêt général sur tous les intérêts individuels, ou si chaque « droit privatif » doit être concilié avec cet intérêt collectif. Dans les rapports entre les humains et la nature, la place accordée à l'environnement au sein de la communauté humaine mérite d'être redéfinie. Le « patrimoine commun », entendu comme la primauté de l'exigence collective de protection de l'environnement, serait alors le fondement permettant aux autorités d'exiger que tous les droits individuels « servent » cet intérêt collectif. Tout comme la théorie des communs, la

réception de cette idée implique une profonde remise en cause des modèles de propriété classiques (privé et public).

- 17 La consécration du « patrimoine commun », à travers la reconnaissance d'un « intérêt collectif », est reprise de façon notoire, dans l'arrêt d'appel rendu dans l'affaire du naufrage de l'Erika, par les juges de la Cour d'appel de Paris<sup>15</sup> qui entérinent au début de notre décennie et avant le législateur<sup>16</sup> la reconnaissance du préjudice écologique pur défini comme le préjudice « résultant d'une atteinte aux actifs non marchands réparables par équivalents monétaire, [...] préjudice objectif, autonome, s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel [...] qui est sans répercussion sur un intérêt humain particulier mais *affecte un intérêt collectif légitime* ». Les juges, qui fondent leur décision, entre autres<sup>17</sup>, sur l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, visent directement la qualification de patrimoine commun de la nation des éléments de l'environnement, et en déduisent l'interdépendance existante entre l'homme et la nature en ces termes : « Il découle que toute atteinte non négligeable au milieu naturel constitue une agression à la collectivité des hommes qui vivent en interaction avec lui et que cette agression doit trouver sa réparation [...] atteinte, de manière directe ou indirecte, à un *intérêt collectif*. » Pour la première fois, le « patrimoine commun » sert à fonder, dans une décision de justice<sup>18</sup>, la reconnaissance d'un « intérêt collectif », distinct de l'intérêt général de protection de l'environnement auquel il est intimement lié, qui légitime la réparation des dommages environnementaux.

Figure 4



Un intérêt collectif légitime à l'œuvre. Ramassage de mazout suite au naufrage de l'Erika, plage de La Bernerie (Loire-Atlantique), janvier 2000.

© Raveleau / Sipa.

- 18 Cette référence directe par des juges au concept de patrimoine en droit de l'environnement n'a pas été renouvelée de façon notoire. Le concept semble donc toujours se cantonner principalement au rôle de « réservoir » de valeurs (Rémond-Gouilloud 1995 : 60-61), que lui attribue une partie de la doctrine, et il est difficile de



rattacher un régime juridique déterminé et commun à ses composantes, elles-mêmes indéterminées. Cependant, trois propositions, formant une chaîne de causalité, sur la portée (idéale ?) de ce concept peuvent être formulées.

- 19 Tout d'abord, le patrimoine « environnemental » est composé d'un ensemble de « biens environnementaux » dont on affirme la volonté de protéger la *valeur* écologique pour parer le risque d'épuisement des ressources naturelles<sup>19</sup> et les conséquences de l'irréversibilité des dommages écologiques. Le statut juridique « classique » de ces biens importe peu à leur intégration dans ce patrimoine que l'on prétend protéger comme une richesse collective à transmettre.
- 20 Ensuite, cette volonté de protection des biens environnementaux est définie comme un *intérêt collectif* qui vient nécessairement se superposer aux intérêts individuels, et qui pose, dans certains cas, la question de leur annihilation notamment pour l'*abusus* du propriétaire privé, le cas échéant.
- 21 Enfin et dans la même logique, cet intérêt collectif interroge l'articulation entre les droits des « titulaires de ce patrimoine commun » et ceux des propriétaires sur leurs biens. Pour certains, le patrimoine commun est « une qualification législative ambitieuse, opérant la *dévolution symbolique* des biens à un groupe identifié » (Groulier 2005 : 1034 *et sq.*), pour d'autres la *reconnaissance effective de droits* que ces titulaires (indéterminés) pourraient faire prévaloir sur les droits des propriétaires privés ou publics.

Figure 5



La mine Mir en Russie, quatrième plus profonde excavation au monde dont la partie à ciel ouvert forme un trou de 525 mètres de profondeur et de 1 200 mètres de diamètre, témoigne de l'irréversibilité des dommages écologiques.

© Alrosa / Rex Shutterstock / Sipa.

- 22 En d'autres termes, la « qualification patrimoniale » offre un grand nombre d'interprétations possibles. Il n'est donc pas aisé de trancher la question de savoir si le patrimoine est, en droit de l'environnement, un « principe » (*ibid.*), un « terme

empirique » ou « une pure abstraction »<sup>20</sup>, une représentation, une idée, un affichage politique, une simple « étiquette » ou une véritable qualification juridique. Malgré cette imprécision, il serait à même de représenter les communs dans le monde du droit et d'emporter des fonctions, voire des obligations contraignantes de protection de l'environnement à la charge des individus, de l'État ou encore de groupes désignés de représentation des intérêts de la nature, tels que des associations de protection de l'environnement ou des agences gouvernementales.

- 23 Une évolution importante a permis d'évoluer dans le sens d'une appréhension grandissante des ressources naturelles dans la sphère juridique et le monde du droit. Toutefois, ni les réglementations mises en place par le législateur et le pouvoir réglementaire, ni les solutions adoptées par les juridictions administratives et judiciaires ne répondent précisément à l'« idéologie » sous-jacente au concept de patrimoine tant elles intègrent ou s'articulent avec un objectif de valorisation économique – entendu au sens large. C'est le paradoxe qui apparaît lorsqu'on se réfère à la « patrimonialisation en droit de l'environnement ».

## La patrimonialisation en droit de l'environnement

- 24 Alors que les ressources naturelles sont rattachées par le législateur à un « patrimoine commun », compris comme une richesse collective à préserver, elles sont, en parallèle, l'objet de droits patrimoniaux privés<sup>21</sup> de plus en plus importants et d'une commercialité juridique, voire économique qui témoigne d'une appréhension croissante des ressources naturelles par le marché, allant *a priori* à contresens de leur rattachement à la catégorie des « communs » impliquant la mise en relief de droits d'usage collectifs spécifiques, voire d'une forme de propriété commune.
- 25 C'est à partir du recours aux instruments juridiques inspirés des mécanismes dits « de marché »<sup>22</sup>, comme outil de régulation de l'exploitation des ressources naturelles et comme réponse à leur raréfaction croissante, qu'apparaît le plus ostensiblement le phénomène de patrimonialisation en droit de l'environnement, conçu ici comme un processus visant à créer ou reconnaître leur valeur économique et leur circulation dans la sphère marchande.
- 26 Comme le souligne Trébulle, « de ce point de vue, la création des quotas d'émission de gaz à effet de serre et celle d'un marché destiné à en organiser l'échange a fait l'effet d'une révolution » (Trébulle 2010). Si la mise en place de quotas dans la gestion des ressources naturelles n'est pas nouvelle, c'est la première fois que ceux-ci servent directement un objectif de protection de l'environnement. Auparavant, Louis Lorvellec a montré l'importance des choix effectués par le législateur en la matière : « Les politiques publiques s'inscrivent en terrain neuf et ceux qui les écrivent peuvent librement choisir entre deux modèles, l'un que l'on appellera administré et l'autre que l'on appellera libéral. [...] Or le cœur de la matière se situe là, à ce moment où le droit à produire peut être, par la volonté du législateur national, rattaché à la catégorie des droits patrimoniaux ou qualifiés de simples autorisations administratives<sup>23</sup>. » En adoptant l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, le législateur et le pouvoir réglementaire font le choix d'un modèle libéral<sup>24</sup>. Ce mécanisme qualifie les quotas de biens meubles négociables et transmissibles<sup>25</sup>. S'il son champ d'application limité, il n'en opère pas moins un changement radical de perspective en permettant d'attribuer

une valeur économique à des droits autorisant un usage particulier de l'air par les industriels (impliquant une émission de gaz à effet de serre), élément de l'environnement traditionnellement qualifié en droit des biens de chose commune par l'art. 714 du Code civil<sup>26</sup>. Par ce biais, la règle de droit consacre la réception de la théorie économique des externalités négatives en droit de l'environnement. Elle entraîne l'apparition de nouvelles valeurs économiques, l'idée de concurrence des droits d'usage sur les ressources naturelles, ainsi que celle de « coût » des « comportements écologiques vertueux ».

Figure 6



Du trafic routier et de l'industrie, deux importants secteurs de production de gaz à effet de serre, seule l'industrie est concernée par les quotas d'émission. Émissions de CO<sub>2</sub> sur le site d'une usine à Marseille, 2010.

© Zeppelin / Sipa.

- 27 Les propositions de recours à la création de marchés de droits d'usage des ressources naturelles, ou d'unités déterminées, s'étendent au domaine de l'eau (Schrameck 2010 : 175 *et sq.*), de l'énergie et de la biodiversité<sup>27</sup>. L'exemple de la création d'un marché d'unités de biodiversité conduit certains auteurs à évoquer le caractère artificiel et les dangers du recours aux instruments de marché, pour réguler l'allocation des ressources naturelles. Marie-Pierre Camproux-Duffrène, soulignant l'impossibilité de principe de créer un marché sur l'allocation d'une *res communis*, rappelle pertinemment que « quand bien même ce ne serait que des unités de compte qui seraient l'objet du marché, ces écritures ne sont pas abstraites et doivent prendre appui sur des activités humaines [...], la dématérialisation et la division en parts négociables semblent en contradiction avec l'objectif avancé de protection de la biodiversité » (Camproux-Duffrène 2009 : 73 *et sq.*). Cependant, pour une autre partie de la doctrine, le recours aux mécanismes de marché constitue le meilleur moyen de dépasser l'affrontement traditionnel entre appropriation publique et appropriation privée, intérêts privés et intérêt public, et d'obtenir une allocation des ressources optimale<sup>28</sup>.

- 28 À partir de cette évolution, le droit de l'environnement se fait le terrain privilégié d'un débat juridique et idéologique plus profond, relatif au choix du modèle propriétaire à appliquer aux ressources naturelles et à la réception des théories économiques en droit. Le débat porte également sur l'apparition de nouvelles formes d'interventionnisme étatique, dans une matière où l'intérêt général tient une place centrale, mais mal définie, en concurrence avec un intérêt collectif et des intérêts individuels.
- 29 Ainsi, la patrimonialisation en droit de l'environnement pose la question de savoir si les environnementalistes, comme les civilistes, pourront « se contenter longtemps de cet empirisme – fort voisin de l'hypocrisie – qui leur fait dire que certaines valeurs sont en principe “hors du commerce”, tout en admettant la validité des conventions à titre onéreux portant sur ces valeurs » (Attias 1987 : 487) directement ou indirectement, comme un contrat de vente ou une titrisation.
- 30 À cet égard, il ne fait nul doute que les travaux consacrés aux communs enrichiront à l'avenir les réflexions des juristes mais aussi et surtout les interventions du législateur et des juges et l'on ne peut qu'espérer qu'ils offriront, comme ils l'ont d'ores et déjà permis, des voies d'action juridiques nouvelles, telles que l'action en réparation du préjudice écologique consacré à l'art. 1246 du Code civil, destinées à garantir un usage à la fois commun et respectueux de la nature.

---

## BIBLIOGRAPHIE

ATIAS Christian., 1987, « La distinction du patrimonial et de l'extrapatrimonial et l'analyse économique du droit : un utile face à face », *Revue de recherche juridique*, n° 2.

ATTARD Jérôme, 2003, « Le fondement solidariste du concept environnement - patrimoine commun », *Revue juridique de l'environnement*, n° 2, p. 161-176. Disponible en ligne, [https://www.persee.fr/doc/rjenv\\_0397-0299\\_2003\\_num2\\_4146](https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2003_num2_4146) [lien valide en février 2021].

BAZEX Michel, 2007, « Les instruments de marché comme moyen d'exécution de la politique de l'environnement », in AMIRANTE Domenico, BAYLE Marcel, BOISSON DE CHAZOURNES Laurence et al., *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Paris, Dalloz.

CALMETTE Jean-François, 2008, « Le droit de l'environnement : un exemple de conciliation de l'intérêt général et des intérêts économiques particuliers », *Revue juridique de l'environnement*, n° 3, p. 265-280. Disponible en ligne, [https://www.persee.fr/doc/rjenv\\_0397-0299\\_2008\\_num\\_33\\_3\\_4757](https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2008_num_33_3_4757) [lien valide en février 2021].

CAMPROUX-DUFFRÈNE Marie-Pierre, 2009, « La création d'un marché d'unité de biodiversité », *Revue juridique de l'environnement*, n° 1, p. 69-79. Disponible en ligne, [https://www.persee.fr/doc/rjenv\\_0397-0299\\_2009\\_num\\_34\\_1\\_4845](https://www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2009_num_34_1_4845) [lien valide en février 2021].

CHARPENTIER, 1997, « L'humanité, un patrimoine mais pas de personnalité juridique », in LAMBRECHTS Claude & PRIEUR Michel (dir.), *Les Hommes et l'environnement. Quels droits pour le vingt-et-unième siècle. Études offertes à Alexandre Kiss*, Paris, Éditions Frison-Roche.

- CORNU Marie & CORIAT Benjamin, 2017, in CORNU Marie, ORSI Fabienne & ROCHFELD Judith (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, Paris, PUF, coll. « Quadrige ».
- DEFFAIRI Meryem, 2015, *La Patrimonialisation en droit de l'environnement*, Paris, IRJS éditions, coll. « Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne-André ».
- DELMAS-MARTY Mireille, 2011, *Les Forces imaginantes du droit*, vol. 4, *Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Éditions du Seuil, coll. « La couleur des idées ».
- DUPUY René-Jean, 1985, « Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité », *Droits*, n° 1, p. 63-74.
- GROULIER Cédric, 2005, « Quelle effectivité juridique pour le concept de patrimoine commun ? », *Actualité juridique. Édition droit administratif*, n° 19, p. 1034-1042.
- S. N. (dir.), 1991, *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, 1991, Paris, A. Pedone.
- HUTEN Nicolas, 2008, « La mondialisation du concept de patrimoine naturel commun », in MORAND-DEVILLER Jacqueline & BONICHOT Jean-Claude (dir.), *Mondialisation et globalisation des concepts juridiques. L'exemple du droit de l'environnement*, étude réalisée par le Centre d'études et de recherches en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme (Cerdeau), Paris, Mission de recherche Droit et Justice p. 35-89.
- KISS Alexandre-Charles & BEURIER Jean-Pierre, 2004, *Droit international de l'environnement*, Paris, A. Pedone, coll. « Études internationales ».
- KISS Alexandre-Charles, 1982, « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *Recueil de cours de l'Académie de droit international*, vol. 175, p. 99-256.
- KLEMM Cyrille de, 1996, « Environnement et patrimoine », in OST François & GUTWIRTH Serge, 1996, *Quel avenir pour le droit de l'environnement ? Actes du colloque organisé par le CEDRE (Centre d'étude du droit de l'environnement-FUSL) et le CIRT (Centrum interactie recht en technologie-VUB)*, Bruxelles, VUB Press, coll. « Publications des Facultés universitaires Saint-Louis », p. 145-172.
- SCHRAMMECK Olivier (dir.), 2010, *L'Eau et son droit*, rapport public du Conseil d'État, Paris, La Documentation française, coll. « Études et documents du Conseil d'État ».
- LÉOPOLD Aldo, 2000, *Almanach d'un comté des sables. Suivi de quelques croquis*, Paris, Flammarion, coll. « GF ».
- LORVELLEC Louis, 2002, *Écrits de droit rural et agroalimentaire*, Paris, Dalloz.
- MALAFOSSE Jehan de, « Responsabilité et propriété », in FALQUE Max & MASSENET Michel (dir.), *Droits de propriété et environnement*, actes de la 1<sup>re</sup> Conférence internationale « Droits de propriété, économie et environnement » (université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 27-29 juin 1996), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires ».
- MORIN Gaston, 1950, « Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété », in S. N., *Le Droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Georges Ripert*, vol. 2, *La Propriété. Contrats et obligations. La vie économique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- OST François, 1993, « Le juste milieu. Pour une approche dialectique du rapport homme-nature », in GÉRARD Philippe, OST François & VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Images et usages de la nature en droit*, Bruxelles, Presses de l'université Saint-Louis, p. 13-73. Disponible en ligne, <https://books.openedition.org/pusl/23445?lang=fr> [lien valide en février 2021].
- OST François, 1995, *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, coll. « Textes à l'appui », série « Écologie et société ».



PRIEUR Michel, 1984, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, coll. « Précis Dalloz ».

RÈMOND-GOUILLOUD Martine, 1989, *Du droit de détruire, Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit ».

RÈMOND-GOUILLOUD Martine, 1995 (novembre), « L'avenir du patrimoine », *Esprit*, « La “bombe démographique”, vrai ou faux débat ? », p. 59-72. Disponible en ligne, <https://esprit.presse.fr/article/remond-gouilloud-martine/l-avenir-du-patrimoine-10931> [lien valide en février 2021].

RÈMOND-GOUILLOUD Martine, 1997, « L'environnement, sagesse de la propriété », in FALQUE Max & MASSENET Michel (dir.), *Droits de propriété et environnement*, actes de la 1<sup>re</sup> Conférence internationale « Droits de propriété, économie et environnement » (université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 27-29 juin 1996), Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires ».

SÈVE René, 1979, « Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la “théorie du patrimoine” d'Aubry et Rau », *Archives de philosophie du droit*, t. 24, « Les biens et les choses », p. 247-257.

S. N., 1991, *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, A. Pedone.

TRÉBULLE François-Guy, 2007 ; « La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel », in BAUDOUIN Jean-Louis, BÉNABENT Alain, BERGEL Jean-Louis et al., *Études offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, p. 659-685.

TRÉBULLE François-Guy, 2010, « L'environnement et le droit des biens », *Le Droit et l'environnement*, actes des travaux de la journée de travaux de l'association Henri-Capitant (Caen, 6 avril 2006), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaire », p. 85-116.

## NOTES

1. Cet article est majoritairement composé d'extraits remaniés de la thèse publiée de l'auteur.
2. Il est de coutume de distinguer l'intérêt général, intérêt transcendant, des intérêts collectifs, intérêts immanents. Si, en effet, les deux visent les intérêts d'un groupe de personnes, le premier serait en revanche défini par les pouvoirs publics ou instances démocratiques, du haut vers le bas, alors que les seconds sont les intérêts de groupes de personnes plus ou moins définis revendiquant un intérêt de groupe. Ils se distinguent également des intérêts individuels de leurs membres.
3. Voir article L. 110-1 du Code de l'environnement.
4. Les biens environnementaux visent l'ensemble des éléments de la nature, de la biodiversité, le milieu, les paysages, etc., l'expression étant utilisée par commodité sans revêtir de sens juridique à proprement parler.
5. Par ailleurs, les textes internationaux relatifs à la protection de l'Antarctique, la désignant comme étant de l'intérêt de l'humanité tout entière, sont souvent associés à la consécration du concept de patrimoine commun de l'humanité au plan international (Convention de Canberra du 20 mai 1980 et Protocole de Madrid du 4 octobre 1991).
6. Un de ces considérants se réfère néanmoins au « patrimoine mondial de l'humanité tout entière ». Il convient d'ores et déjà de souligner que tant dans leur qualification que dans leur régime ces « patrimoines » ne coïncident pas, notamment dans leur rapport au droit de propriété.
7. . Sur le manque d'effectivité juridique de l'expression, voir également Charpentier (1997 : 17 et sq. ; Dupuy 1985 : 63 et sq. ; et plus largement S. N. 1991).

8. Peu d'articles récents y sont consacrés et la majorité des pays, lors de la Conférence de Rio de Janeiro de 1992 avait déjà entériné le déclin du concept en refusant de qualifier l'ensemble des ressources naturelles de patrimoine commun de l'humanité pour retenir l'expression selon laquelle « la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité ». Voir Kiss & Beurrier (2004 : 148-149).
9. La référence au patrimoine commun des êtres humains dans les considérants de la Charte de l'environnement adossée à la Constitution introduite par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 peut être lue de la même façon. On retrouve également l'idée d'« intérêt communautaire en gestation » évoquée par Aldo Léopold (2000 : 255-258).
10. Ost (2003 : 307 *et sq.*). Voir également les développements de Martine Rémond-Gouilloud (1997 : 45 *et sq.*) qui définit le patrimoine d'après sa fonction « [...] qui est d'unir. Celle-ci présente trois facettes : [...] le lien qui unit les générations [...] trait d'union à deux titres pour l'individu et la société. Il est le lien entre l'avoir et l'être », « L'environnement, sagesse de la propriété ».
11. Selon les tenants de la fonction sociale de la propriété privée, notamment Léon Duguit en droit, le droit de propriété n'est pas uniquement un droit exclusif et absolu du propriétaire, il est avant tout une institution sociale et le propriétaire privé, obligé socialement, participe à la valorisation de son bien et doit employer son bien pour ses besoins individuels mais aussi pour les besoins collectifs. Transposée à l'environnement, cette théorie permet de considérer que la propriété doit également jouer une fonction environnementale que le propriétaire doit sauvegarder. Cette idée a pu être consacrée dans des textes constitutionnels, par exemple au Brésil ou en Italie.
12. L'auteur cite notamment à l'appui de sa démonstration les développements de Gaston Morin (1950 : 15).
13. Et l'on sait le succès que connaît la figure de droit anglo-saxon du « *trust* » auprès des environnementalistes.
14. CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278.
15. CA Paris, 30 mars 2010, n° 08/02278.
16. Voir les articles 1246 et suivants du code civil introduits par la loi n°2016-1087 du 8 août 2016.
17. La décision mentionne également sur ce point le principe de réparation et la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, Lopez Ostra du 9 décembre 1994.
18. Toutefois, Mireille Delmas-Marty relève que l'expression « patrimoine commun de la Communauté européenne » avait également été utilisée dans les décisions de la CJCE « pour justifier la limitation de la marge d'appréciation nationale », voir l'arrêt de la CJCE, *Commission c/ Espagne*, C-235-04, 28 juin 2007, §23-27 cité par l'auteur (Delmas-Marty 2011 : 276).
19. Pour Martine Rémond-Gouilloud (1989 : 108), « le premier réflexe de l'homme confronté à la peur de manquer n'est pas d'organiser l'usage commun mais de tenter, par tous les moyens, de s'approprier. Le patrimoine commun n'est qu'un pis-aller ; la notion n'acquiert droit de cité que face à l'impossibilité de réserver la ressource à un usage exclusif. Parce que la propriété est impossible, la solidarité s'impose ; mais elle est obligée ».
20. À propos du patrimoine en droit civil, voir René Sève (1979 : 248).
21. Qui forment et renvoient, quant à eux, au patrimoine dans sa conception civiliste.
22. Voir par exemple Michel Bazex (2007 : 1991 *et sq.*).
23. Voir les travaux de Louis Lorvellec (2002 : en part. p. 229).
24. Ordonnance de transposition de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne et de la loi n° 2005-1319 du 26 octobre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le droit de l'environnement. Ces deux textes mettent en œuvre les mesures prévues par le Protocole de Kyoto du 11 décembre 1997 à la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques du 9 mai 1992.

25. Alors que la Directive n'imposait pas cette qualification. Voir l'article L. 229-15 du Code de l'environnement.

26. En vertu duquel « il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ».

27. Voir notamment l'art. L. 163-1 et suivants du Code de l'environnement.

28. En ce sens, voir par exemple Calmette (2008 : 265 *et sq.*).

---

## RÉSUMÉS

Transposée au droit de l'environnement, la théorie des communs, développée principalement par les politistes et les économistes, interroge les rapports entre les personnes et les composantes de la nature, entendues au sens large. En droit positif, le concept de « communs » n'est pas consacré et c'est sans doute celui de patrimoine commun qui s'en approche le plus. Il incarne la volonté de protéger et conserver un ensemble de biens dans un intérêt collectif afin de les transmettre aux générations futures. Néanmoins la portée normative de ce concept demeure contestée et limitée. À contre-courant de l'affirmation de principe selon laquelle l'environnement est le patrimoine commun de la nation, il apparaît même que les dispositifs juridiques récents visant à assurer la protection de l'environnement tendent à se fonder sur la valorisation économique de ses composantes, inspirée de la théorie des externalités négatives, et sur le recours au « marché ». La réception de la théorie des communs en droit pourrait enrayer ce phénomène de patrimonialisation et conduire les pouvoirs publics à reconnaître, dans son principe et ses applications, la fonction environnementale de la propriété ainsi que la richesse des usages collectifs de la nature.

Transposed to environmental law, the theory of the commons, developed mainly by political scientists and economists, questions the relationships between people and the components of nature. In positive law, the concept of “commons” is not consecrated and it is undoubtedly the concept of common heritage that comes closest to it. It embodies the desire to protect and conserve environmental goods in a collective interest in order to transmit them to future generations. However, the normative scope of this concept remains disputed and limited. Contrary to the assertion of principle according to which the environment is the common heritage of the Nation, it even appears that recent legal devices aiming at ensuring the protection of the environment tend to be based on the economic valuation of its components, inspired by the theory of negative externalities, and on the use of the “market”. The reception of the theory of the commons in law could put an end to this phenomenon of “patrimonialisation” and lead the public authorities to recognize, in its principle and its applications, the environmental function of property as well as the richness of the collective uses of nature.

## INDEX

**Mots-clés :** Environnement, droit de l'environnement, communs, propriété, patrimonialisation

**Keywords :** environment, environmental law, commons, property, patrimonialization

## AUTEUR

**MERYEM DEFFAIRI**

Maître de conférences en droit public à l'université Paris II Panthéon-Assas

[meryem.deffairi@u-paris2.fr](mailto:meryem.deffairi@u-paris2.fr)